

Pubblicato il 22/09/2021

N. 05971/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02928/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2928 del 2021, proposto da Deutera S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Micaela Grandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Anna Peluso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Abbott S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'Asl Napoli 3 Sud n. 528 dell'8/6/2021 (doc. 1) e relativi n. 2 allegati (doc. 2 e 3) nella parte in cui hanno escluso Deutera s.r.l. dal lotto n. 88 della procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, ai sensi

dell'art. 54, c. 4, D. Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., per l'affidamento della fornitura di prodotti per la nutrizione clinica e nella parte in cui hanno aggiudicato detto lotto alla Abbott s.r.l.;

- della comunicazione a Deutera s.r.l. dell'esclusione dal lotto n. 88 inviata con pec dell'8/6/2021;

- del processo verbale del Rup del 18/5/2021 (doc. 5) e dell'Allegato n. 4 "esito finale" (doc. 9) nella parte in cui hanno escluso Deutera s.r.l. dal lotto n. 88 per carenza del requisito di capacità economico-finanziaria;

- di ogni altro atto, ancorché non conosciuto, comunque propedeutico, consequenziale e/o connesso con i precedenti.

in subordine, per l'annullamento previa sospensione

- dell'art. 8.2 del Disciplinare di gara, in parte qua;

e, in ogni caso, per la declaratoria di inefficacia

- del contratto nelle more eventualmente stipulato con la Abbott s.r.l. e del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, con espressa domanda di subentro nel rapporto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Napoli 3 Sud;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2021 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.- La società ricorrente ha dedotto in fatto le seguenti circostanze:

l'Asl Napoli 3 Sud, con Deliberazione 986 del 29/12/2020, aveva indetto una procedura aperta volta alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, c. 4, D. Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., avente ad oggetto l'affidamento quadriennale della fornitura di prodotti per la nutrizione clinica, suddivisa in n. 122 lotti e per un importo complessivo pari ad € 33.945.045,60, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso;

la *lex specialis* di gara, oltre a prevedere l'applicazione dell'art. 133, c. 8, D. Lgs. 50/2016 disponente l'inversione procedimentale, ovverosia la valutazione delle offerte prima della verifica dell'idoneità dei concorrenti, consentiva a quest'ultimi di presentare la propria offerta per più lotti, stabilendo all'art. 8.2. del disciplinare, quale requisito speciale di accesso alla procedura, che i concorrenti avessero svolto, nel triennio precedente la gara, forniture analoghe per un importo non inferiore al 50 % del valore complessivo presunto di ciascun lotto per la cui aggiudicazione intendevano concorrere; il medesimo articolo precisava altresì che, *“qualora il fatturato specifico dichiarato e posseduto del concorrente non sia sufficiente a garantire il rispetto del requisito di cui al presente paragrafo per tutti i lotti per i quali abbia dichiarato l'intenzione di concorrere, sarà ammesso a gara limitatamente ai Lotti per i quali il requisito è soddisfatto, dando priorità ai Lotti di maggior importo”*;

la stazione appaltante, nonostante la Deutera S.r.l avesse presentato la propria offerta in ordine ai lotti n. 88, 90, 91, 103, 104, 107, 109 e 110 ed avesse dichiarato un fatturato pregresso di € 2.511.934,00, con il provvedimento assunto in data 8 maggio 2021, aveva limitato la partecipazione della concorrente alla procedura concorsuale al solo lotto n. 110, così determinandosi: *“ il concorrente è escluso dai Lotti n. 88, 90, 91, 103, 104, 107 e 109 per la mancanza del possesso del requisito di capacità economico finanziaria di cui al par. 8.2 del Disciplinare di gara. Il Concorrente resta in gara per il solo Lotto 110”*.

Avverso il predetto provvedimento, limitatamente all'esclusione disposta con riguardo al solo lotto n. 88, rispetto al quale, in caso di riammissione, risulterebbe prima in graduatoria, la ricorrente ha proposto l'odierno gravame, articolando, in via subordinata, due ordini di censure così rubricate: a) Violazione di legge per violazione degli artt. artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 30, 51 e 83 D. Lgs. 50/2016, dell'art. 8.2, 17 e 18 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per violazione della *lex specialis* di gara, disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, violazione del

principio di proporzionalità e di *par condicio*; b) Violazione di legge per violazione degli artt. artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 30, 51 e 83 D. Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità, di *par condicio*.

Si è costituita la resistente amministrazione contestando l'avversa prospettazione ed insistendo per l'infondatezza del gravame.

Seppure ritualmente intimata, è rimasta contumace la controinteressata.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti di una sua possibile definizione in forma semplificata.

2.- In via preliminare, il Collegio dà atto che la presente controversia può essere definita in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni opposte delle parti nei propri scritti.

3.- Nel merito, il gravame è fondato assumendo portata decisiva ed assorbente la prima delle articolate censure, da potersi esaminare prioritariamente in conformità del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui nel giudizio di primo grado la parte ricorrente può graduare, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, precisando altresì che tale graduazione non consegue al mero ordine di prospettazione dei vizi-motivi, con la conseguenza che, soltanto in assenza di rituale graduazione, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, è tenuto ad esaminare tutti i motivi, salva la ricorrenza dei presupposti per disporre l'assorbimento (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 07/01/2019, n.73).

4.- Tanto chiarito *in limine*, ad avviso del Collegio, dall'analisi filologica del disposto di cui all'8.2 del Disciplinare di gara, da condurre alla luce dei

principi giurisprudenziali ampiamente consolidati in ordine all'esegesi, letterale e teleologica, della *lex specialis* deputata a disciplinare le procedure ad evidenza pubblica, deve pervenirsi alla condivisione della fondatezza del ricorso.

Nel dettaglio, il formante giurisprudenziale appare ampiamente assestato sul canone interpretativo univoco nell'affermare che *"le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale"*; per cui *"secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale* (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 25/06/2021, n.4863; Cons. Stato, V, 31 marzo 2021, n. 2710; 26 marzo 2020, n. 2130; 29 novembre 2019, n. 8167; 12 settembre 2017, n. 4307).

Il canone ermeneutico letterale riveste, dunque, il primato nell'interpretazione delle prescrizioni connotanti la disciplina di gara, le quali vincolano non solo i concorrenti ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, dovendosi garantire, unitamente alle esigenze di certezza, l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Da ciò scaturisce il corollario secondo cui, solo in presenza di un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, può ammettersi un'interpretazione diversa da quella letterale (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220, 18 dicembre 2017, n. 5944 e 31 maggio 2018, n. 3267).

Non risulta, quindi, possibile addivenire in via interpretativa ad una integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione letterale.

In ogni caso, a fronte di una clausola cui si riconnette una portata escludente ed a fronte del carattere non univoco della disposizione in essa racchiusa, l'interprete deve conformare la propria attività interpretativa al criterio del *favor participationis*, favorendo l'applicazione della disposizione che consenta la massima partecipazione possibile alla procedura (cfr.: T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 03/12/2020, n.12968; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2020 n. 2400).

4.1.- Applicando i menzionati principi all'odierna fattispecie, osserva il Collegio che, consentendo la *lex specialis* agli offerenti la possibilità di presentare la propria offerta onde concorrere simultaneamente per l'aggiudicazione di diversi lotti, l'art. 8.2., oggetto del contendere, espressamente prevedeva, quale requisito di capacità economica, il possesso di un fatturato specifico "*pari ad un importo non inferiore al 50 % del valore complessivo presunto di ciascun lotto per il quale presenta offerta*".

Tuttavia, la medesima disposizione chiariva che, qualora un concorrente non possedesse un fatturato sufficiente a garantire il rispetto del requisito per tutti i lotti oggetto dell'offerta presentata, la stazione appaltante avrebbe disposto la sua ammissione "*... limitatamente ai lotti per i quali il requisito è soddisfatto, dando priorità ai lotti di maggior importo*".

Orbene, il riferito tenore letterale, anche in un'ottica esegetica rispondente al principio del *favor participationis*, non lascia residuare dubbi in ordine alla sua effettiva portata precettiva, che imponeva alla stazione appaltante, qualora il fatturato dichiarato dal partecipante offerente per più lotti non fosse sufficiente ad assicurarne l'ammissione a tutti, di limitare quest'ultima ai soli lotti in ordine ai quali il requisito fosse soddisfatto.

Nel procedere a tale selezione, poi, la stazione appaltante era vincolata a ripartire il fatturato tra i diversi lotti oggetto della domanda di partecipazione secondo un ordine di imputazione del medesimo stabilito sulla base del criterio di priorità per il lotto di valore più elevato e, successivamente, per gli altri lotti, secondo un ordine decrescente, fino all'esaurimento del fatturato.

D'altronde, che la sopra riportata interpretazione dovesse guidare la resistente amministrazione nello scrutinio del richiesto requisito di partecipazione emerge da plurimi sintagmi univocamente convergenti a supporto dell'esegesi sostenuta dalla ricorrente.

In particolare:

l'impiego del plurale "lotti" cui l'offerente, con fatturato non sufficiente a rispettare integralmente il requisito di capacità economica, avrebbe dovuto essere ammesso qualora il fatturato dichiarato ne consentisse la partecipazione;

l'individuazione di un criterio di priorità (il lotto di maggiore valore), onde stabilire l'ordine con cui ripartire l'imputazione del fatturato dichiarato tra i diversi lotti oggetto dell'offerta fino al suo esaurimento;

la limitazione della sanzione escludente, come deducibile *a contrariis*, limitatamente ai soli lotti rispetto ai quali, una volta operata la prioritaria imputazione del fatturato a quelli di maggior valore, il fatturato residuo non fosse sufficiente a garantire il rispetto del requisito generale di partecipazione.

In altri termini, sia la formulazione letterale della clausola (testualmente incentrata in termini prospetticamente volti ad assicurare la partecipazione a più lotti anche ai concorrenti privi di un fatturato specifico idoneo a soddisfare il requisito per tutti i lotti oggetto di domanda), sia la (necessaria e coerente) interpretazione pro-concorrenziale della stessa (che si conforma al diffuso intendimento di aprire la competizione al maggior numero possibili di offerenti) rendono palese la portata dell'art. 8.2. Quest'ultimo intendeva disciplinare l'eventualità che un concorrente presentasse la sua offerta con riguardo a più lotti senza tuttavia possedere un fatturato specifico pregresso sufficiente a soddisfare il richiesto requisito finanziario con riguardo a ciascuno di essi. In tal caso, l'offerente sarebbe stato ammesso a partecipare soltanto ad alcuni dei lotti oggetto dell'offerta presentata e, segnatamente, soltanto a quelli per i quali sussistesse il fatturato nella misura richiesta.

Il Disciplinare, inoltre, nell'eventualità sopra descritta, determinava il criterio oggettivo volto ad individuare l'ordine dei lotti ai quali il concorrente avrebbe dovuto essere ammesso, prescrivendo che la verifica del possesso del fatturato minimo dovesse muovere dando la precedenza ai lotti di importo maggiore, proseguendo, via via, sino a quelli di importo inferiore.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, discostandosi dalla portata precettiva dell'art. 8.2., nonostante abbia correttamente iniziato la verifica del possesso del richiesto requisito in capo alla ricorrente dal lotto di maggior importo, ovvero sia dal lotto n. 110 cui la Deutera S.r.l. era stata legittimamente ammessa, constatato che il restante fatturato non consentiva a quest'ultima di partecipare anche al secondo lotto di maggior importo (il n. 109), anziché escluderla limitatamente a tale lotto e proseguire nell'accertamento della sufficienza del fatturato rispetto ai lotti successivi secondo l'ordine decrescente di valore, ha disposto la sanzione espulsiva della offerente con riguardo a tutti gli altri lotti di valore inferiore richiedenti il requisito finanziario residuo a quello già impegnato per partecipare all'aggiudicazione del lotto n. 109. Tale determinazione è stata assunta sebbene il fatturato dichiarato che residuava dopo la sua parziale imputazione al lotto n. 110 consentisse all'offerta presentata dalla Deutera S.r.l. di concorrere alla loro aggiudicazione.

In tal modo disponendo, l'azienda resistente è incorsa in un'illegittima esegesi, e quindi applicazione, della portata precettiva del summenzionato art. 8.2., violando peraltro il consolidato principio secondo cui l'interpretazione dei requisiti di capacità tecnico/economica di partecipazione alla gara deve essere condotta con criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in maniera da escludere soluzioni interpretative contrarie alla lettera della *lex specialis* nonché eccessivamente restrittive e con un effetto quindi sostanzialmente anticoncorrenziale; ciò in omaggio al pacifico indirizzo della giurisprudenza che impone di adottare la soluzione interpretativa che consenta la massima

partecipazione alla gara (cfr.: Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2227; Cons. St., sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307).

Le esposte argomentazioni inducono a ritenere che l'interpretazione restrittiva operata dalla stazione appaltante è contraria sia alla lettera del citato art. 8.2., sia alla logica funzionale ad esso sottesa, così da porsi in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012 n. 4986, Sez. V, 3 agosto 2011, n. 4629 e 9 novembre 2010, n. 7967).

Per tutte le ragioni sopra indicate il Collegio accoglie il ricorso nei limiti dell'interesse dichiarato dalla ricorrente (esclusione dal lotto n. 88), stante la fondatezza e la prevalenza della prima delle articolate censure, dichiarando assorbito l'esame di ogni altra doglianza.

5.- Le spese seguono, come di norma, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a carico della parte resistente, laddove sussistono giusti motivi per dichiararle non ripetibili nei confronti della controinteressata, rimasta contumace, in ragione dell'esclusiva riferibilità dell'accertata illegittimità all'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

condanna l'Asl resistente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila/00) a favore della parte ricorrente, oltre l'obbligo di rifusione dell'importo corrisposto quale contributo unificato, se versato e gli ulteriori accessori di legge;

spese non ripetibili nei confronti della parte controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Fabio Maffei

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO